



UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

MÉTODO DE CASO JURÍDICO

**“PRIMACÍA DE LA IDENTIDAD DEL MENOR
EXPEDIENTE N° 04509-2011-AA/TC SAN MARTÍN
CASO: ESTALIN MELLO PINEDO”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADA

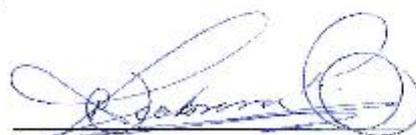
AUTOR : MILAGROS ISABEL PÉREZ PORTOCARRERO

San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú

2016

PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de Suficiencia Profesional (Método de Caso Jurídico) sustentada en acto público el día Lunes 07 de Noviembre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



Mgr. ROGER A. CABRERA PAREDES
PRESIDENTE DEL JURADO



Abog. NESTOR A. FERNANDEZ HERNANDEZ
MIEMBRO DEL JURADO



Abog. THAMER LOPEZ MACEDO
MIEMBRO DEL JURADO



Dra. CLAUDETH CADILLO LOPEZ
ASESOR

DEDICATORIA

La presente trabajo de investigación lo dedico a mi familia, por su apoyo incondicional, en todos estos años; y en especial, a mi menor hija

.

La Autora

AGRADECIMIENTO

A todos y cada uno de los docentes que con su dedicación dejaron en mí las ganas de superarme; asimismo, a mi Alma Mater, la “UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ”.

La Autora



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 19:00 horas del día Lunes 07 del mes de Noviembre del año 2016, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller:

MILAGROS ISABEL PEREZ PORTOCARRERO

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO**, con el tema: **Primacía de la Identidad del Menor. Expediente N° 04509-2011-AA/TC San Martín Caso: Estalin Mello Pinedo**

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

| Indicador | Examinador 1 | Examinador 2 | Examinador 3 | Promedio |
|---|--------------|--------------|--------------|----------|
| Domínio del Tema | 3 | 3 | 3 | |
| Calidad de redacción | 3 | 3 | 3 | |
| Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación) | 2 | 2 | 2 | |
| Calidad de las respuestas | 3 | 3 | 3 | |
| Uso de terminología especializada | 3 | 3 | 3 | |
| Calificación final | 14 | 14 | 14 | |

Calificación final (en letras) ... CATORCE

Legenda:

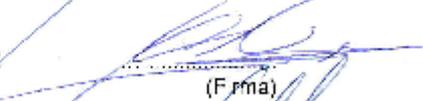
| Indicador | Descripción | Puntaje |
|-----------|---------------|---------|
| A | Deficiente | 1 |
| B | Regular | 2 |
| C | Satisfactoria | 3 |
| D | Optima | 4 |

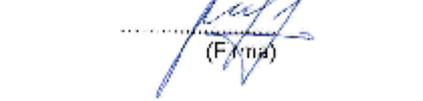
Presidente :Mgr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO


(Firma)


(Firma)


(Firma)

ÍNDICE DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| • Dedicatoria..... | 03 |
| • Agradecimiento..... | 04 |
| • Resumen..... | 07 |
| • Capítulo I: | |
| Introducción..... | 09 |
| • Capítulo II: | |
| 2.1. Marco referencial..... | 11 |
| 2.1.1. Definiciones conceptuales..... | 11 |
| 2.1.1.1. Identidad..... | 11 |
| 2.1.1.2. Verdad biológica..... | 14 |
| 2.1.1.3. Derecho del menor a conocer a sus progenitores.. | 20 |
| 2.1.1.4. Derecho de filiación..... | 21 |
| 2.1.1.4.1. Protección del especial al hijo..... | 22 |
| 2.1.1.4.2. Unidad de filiación..... | 22 |
| 2.1.1.4.3. Cosa juzgada y los procesos de filiación..... | 22 |
| 2.1.1.4.4. Paternidad socioafectiva vs. Paternidad biológica | 23 |
| 2.1.1.4.5. Investigación de la paternidad..... | 23 |
| 2.1.1.4.6. Medio de realización de la persona humana..... | 23 |
| 2.1.1.4.7. Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria..... | 24 |
| 2.1.1.5. Derecho al nombre..... | 24 |
| 2.1.1.6. Principios universales de orientación proteccionista..... | 27 |
| 2.1.1.6.1. Principio de protección especial del niño..... | 27 |
| 2.1.1.6.2. Principio del interés superior del niño y del | |

| | |
|---|----|
| adolescente..... | 29 |
| 2.1.1.6.2.1. El interés superior del niño y del adolescente como principio garantista..... | 31 |
| 2.1.1.6.2.2. El deber de satisfacer todos los derechos..... | 32 |
| 2.1.1.7. Debido Proceso..... | 32 |
| 2.1.1.8. Tutela procesal efectiva..... | 36 |
| 2.1.1.9. Derecho a la defensa..... | 38 |
| 2.2. Variables..... | 40 |
| 2.3 Supuestos..... | 40 |
| • Capítulo III: | |
| 3.1. Metodología..... | 41 |
| 3.2. Muestra..... | 42 |
| 3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos..... | 42 |
| 3.3.1. Análisis documental..... | 43 |
| 3.3.2. Procedimientos de recolección de datos..... | 43 |
| 3.4. Validez y confiabilidad del Estudio..... | 44 |
| 3.5. Plan de análisis, rigor y ética..... | 44 |
| • Capítulo IV: | |
| Resultados..... | 45 |
| • Capítulo V: | |
| Discusión..... | 47 |
| • Capítulo VI: | |
| Conclusiones..... | 50 |
| • Capítulo VII: | |
| Recomendaciones..... | 52 |
| • Capítulo VIII: | |
| Referencias bibliográficas..... | 53 |
| • Capítulo IX: | |
| Anexos..... | 57 |

RESUMEN

Conforme puede verse de la STC N° 04509-2011-PA/TC SAN MARTÍN (Caso ESTALIN MELLO PINEDO), el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, con fecha 14 de diciembre de 2010, declaró fundada la demanda de acción de amparo interpuesta por ESTALIN MELLO PINEDO, declarando nulo todo lo actuado hasta la notificación del mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el proceso sobre filiación extramatrimonial iniciado en su contra por Doña GIANINNA LOZANO PÉREZ, en representación de la menor P.N.M.L., en el Exp. N° 524-2008; por cuanto se ha comprobado la ausencia de MELLO PINEDO en el país durante el período comprendido entre el 24 de junio de 1999 y el 18 de diciembre de 2009, razón por la cual no pudo ser notificado debidamente, vulnerándose de este modo su derecho a la defensa. La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró improcedente la demanda argumentando que MELLO PINEDO tiene expedita otra vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado.

La Primera Sala del Tribunal Constitucional, con fecha 11 de julio de 2012 expidió la STC N° 04509-2011-PA/TC SAN MARTÍN declarando como primer punto, fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al debido proceso del Accionante, disponiendo que el proceso se retrotraiga al estado respectivo a fin de notificarle el mandato judicial de paternidad; y, como segundo punto, ordena la suspensión de los efectos nulificantes sobre la declaración judicial de paternidad extramatrimonial de la menor P.N.M.L., debiendo garantizarse su derecho a la identidad.

Entonces, la identidad está relacionada con la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y el contenido inherente a la misma. El conocer la verdad es una cuestión primordial del menor al necesitar saber de dónde proviene, quiénes son sus padres. Si el Estado vulnera el derecho del niño a conocer a sus padres afectará, además, el derecho a la identidad. La identidad es el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes. Por ello, privar a un menor del conocimiento sobre su origen biológico devendría en negarle uno de los elementos fundamentales que constituyen su identidad, elemento que le permite distinguirse de sus pares.

Para concluir, los ordenamientos jurídicos están en la obligación de depositar en cada menor del mundo, esperanza y protección; lo que conllevará a que éstos crezcan y se desarrollen como hombres de paz, verdad y justicia.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El Derecho a la Identidad no ha sido tomado en cuenta sino a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando se empezó a hablar sobre los Derechos de Tercera Generación o Derechos de Solidaridad o de los Pueblos; **derechos que protegen no al individuo sino que se toma en consideración a las personas, como integrantes de una comunidad con conciencia de identidad colectiva; y entre los que se reconocen los derechos al propio cuerpo, a la integridad, a una calidad de vida digna y el Derecho a la Identidad, entre otros.**

Desde entonces hasta la actualidad este derecho ha sido desarrollado de manera tal que, a nivel mundial se proteja no solo la identidad cultural y/o nacional sino la más importante, al parecer de la investigadora, la identidad de la niñez, del menor. Y es que este derecho lo encontramos a nivel supranacional con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño, lo que ha conllevado a que el ordenamiento jurídico proteja al menor con normatividad clara y acertada: El Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y la Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial N° 28457 y su modificatoria, la Ley N° 29821.

A pesar de ello, **en este país existen muchos niños, niñas y adolescentes, que no gozan de la materialización de su derecho por medio del Acta de Nacimiento; pero el problema no queda sólo ahí. También existen casos en que el niño, la niña y el adolescente desconocen su origen y/o quién es, en la mayoría de los casos, su progenitor, por ende, desconocen cuál es el apellido que deberá llevar y usar, por derecho.**

El tema, apasiona. Y por ello no ha sido ajeno a investigación previa, pero se cree que el tema de la investigación es pertinente ya que se trata de dar solución a un problema que afecta a una gran cantidad de menores peruanos; y, al existir solución a dicho problema, entonces, se favorecerá a los menores.

CAPÍTULO II

2.1. MARCO REFERENCIAL.

Se conoce que el derecho a la identidad protege a una persona respecto a su propio reconocimiento; esto es cómo es, y lo más importante: ¿quién es?; para ello, se toma en consideración los aspectos físicos y biológicos.

2.1.1. DEFINICIONES CONCEPTUALES.

2.1.1.1. IDENTIDAD.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse sobre el derecho a la identidad y los derechos de los niños en el Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana¹; Gelman vs. Uruguay²; Contreras y otros vs. El Salvador³; Fornán e Hija vs. Argentina⁴ dijo que ***“El derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención (...) es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8***

¹ CIDH. Sentencia de 08-SET-05. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf> (23-SET-16)

² CIDH. Sentencia del 24-FEB-11. Caso Gelman vs. Uruguay <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf> (23-SET-16)

³ CIDH. Sentencia del 31-AGO-11. Caso Contreras y otros vs. El Salvador <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf> (23-SET-16)

⁴ CIDH. Sentencia del 27-ABR-12. Caso Fornán e Hija vs. Argentina <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf> (23-SET-16)

de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” (Caso Gelman vs. Uruguay).

En dicho Caso, Gelman vs. Uruguay, la mencionada Corte establece que **“(...) Se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al habitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano (...).”**

El Artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que: **“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”**. El Artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos: **“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”**; en su Artículo 19 se establece que **“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”**; y, por último, el Artículo 20.1 indica que: **“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”**.

Nuestro país aplica la Convención sobre los Derechos del Niño que en su Artículo 8.1 establece que: **“Los Estados parte se comprometerán a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”**, asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) señala en su Artículo 6 que: **“El niño y adolescente tienen derecho a un nombre, a la nacionalidad peruana, a conocer a sus padres y a ser cui-**

dado por éstos. Será registrado por su madre o responsable inmediatamente después de su nacimiento en el registro civil correspondiente".

Esto nos lleva a colegir que el derecho a la identidad es complejo debido a que abarca otros derechos que se encuentran interconectados; siendo el caso: el derecho al nombre; a la nacionalidad; a las relaciones familiares referidas a conocer la verdad biológica y a ser cuidado por sus progenitores.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad tiene una dimensión objetiva y otra subjetiva; y como ejemplo tenemos la STC N° 02273-2005-PHC/TC⁵ que en sus F.J. N°s. 21 y 23 menciona: ***"(...) entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) (...) Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas".***

⁵ <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>> (23-SET-16)

Identidad, derecho humano fundamental *erga omnes*, que no puede ser discriminado, ni conculcado, ni soslayado, ni mucho menos reconocido parcialmente; derecho que “preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados”.⁶ Este Comité también menciona que “la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica”⁷.

2.1.1.2. VERDAD BIOLÓGICA.

El que un individuo conozca su verdad biológica o genética es indispensable para que construya su propia identidad, ya que conocerá su historia; y por ende, podrá desenvolverse física y psicológicamente dentro del entorno que lo rodea, y cuando se habla de entorno, se refiere al ámbito familiar, amical, laboral, social.

⁶ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); AGO-2007; N° 13. En: <centrodebioetica.org/2012/09/el-desigual-tratamiento-del-derecho-a-la-identidad-en-el-proyecto-de-codigo-civil/> (23-SET-16)

El Comité Jurídico Interamericano (CJI), con sede en la ciudad de Rio de Janeiro, es uno de los Órganos a través de los cuales la Organización de los Estados Americanos (OEA) realiza sus fines. El Comité Jurídico sirve de cuerpo consultivo de la OEA en asuntos jurídicos de carácter internacional y promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en la región.

Además tiene por finalidad el estudio de los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

En la actualidad, su Presidente es hasta el 31-DICIEMBRE-16, Don Fabián Novak Talavera. Peruano.

<<http://www.oas.org/es/sla/cji/default.asp>>

<<http://www.oas.org/es/sla/cji/miembros.asp>> (23-SET-16)

⁷ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); AGO-2007; N° 17. En: <centrodebioetica.org/2012/09/el-desigual-tratamiento-del-derecho-a-la-identidad-en-el-proyecto-de-codigo-civil/> (23-SET-16)

Nora LLOVERAS⁸ dice que **"(...) El derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes responde al interés superior de todo hombre a saber lo que fue antes de él, de dónde surge la vida, qué lo precedió generacionalmente en lo biológico como en lo social, qué lo funda y hace de él un ser irrepetible (...)"**; y que **"(...) la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como las transmisiones de ella —los progenitores o padres— y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento"**.

Miguel Ángel SOTO LAMADRID dice que **"la esencia original de la filiación es el vínculo biológico"**⁹. Este vínculo ayuda a identificar al individuo con sus ascendientes y descendientes sin dejar de lado a todo lo bueno y favorable que podría acarrear el ser adoptado, apoya a la capacidad de crear vida; y, nuestro ordenamiento jurídico positivo socorre, por así decirlo, a la persona deseosa de conocer su verdad: Ley N° 28547, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial; y, su modificatoria, la Ley N° 29821; que en su Artículo 1 establece: **"Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada (...)"**; y en su Artículo 2 prescribe: **"La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN (...)** En dicha audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo (...) Por el solo mérito del resultado de la

⁸ LLOVERAS, Nora. Nuevo régimen de adopción, Ley N° 24,779, Bs. As., 1998, pp. 252 y 256 [Citada por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho de la filiación**, Tomo IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 446; y en Exp. N° 696, Juzgado de Familia de Córdoba N° 4, Argentina. Resolución de 07-SET-05; <www.villaverde.com.ar/archivos/File/docencia/061120-caq-cijuso-filiacion/jurisprudencia/fallo-cordobes-verdad-biologica.doc> (23-SET-16)]

⁹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. **Bioética, Filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho**. Editorial Astrea de A. y R. Depalma, Argentina, 1990, p. 46.

prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4, el juez resuelve la causa (...)".

Esta prueba es la **respuesta no solo a la duda del obligado sino también es la reafirmación del decir de la madre que no es escuchada por el primero.**

La protección del menor y los derechos del niño forman, en la actualidad, una parte importante en el sistema jurídico de nuestro tiempo; y esto es así, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al caso de una persona cuyos padres fueron detenidos-desaparecidos y habiendo nacido en cautiverio se adulteraron sus datos para suprimir su identidad manifiesta: ***"[e]l reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes" (...)*** ***La personalidad no se forma, entonces, en un proceso solo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica (...)*** ***El derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace***¹⁰.

Esta verdad tiene sustento en la **transferencia de los genes entre padres e hijos, la favor veritatis, que no es otra cosa que admitir que el vínculo paterno filial se establece cuando fehacientemente se comprobó**

¹⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal de Argentina, autos caratulados "Zaffaroni Islas, Marianas/ av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana", Causa N° 403, de 05-AGO-1994, voto del Juez Mansur en la posición mayoritaria. Citado por la CIDH en el caso Gelman vs. Uruguay. En: SIVERINO BAVIO, Paula. **"Derecho a la identidad y verdad biológica: Una sintética visión desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA N° 179, Gaceta Jurídica. AGO-2013, Lima. p. 17.

la mencionada transferencia; y su fundamento es la protección de los intereses de los hijos y el cumplimiento de los deberes de los padres respecto a sus hijos¹¹.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema inaplicó los Artículos 396 y 404 del Código Civil¹² en la **Casación N° 2726-2012-DEL SANTA**¹³, estimando

¹¹ Cfr. MORÁN DE VICENZI, Claudia. **El concepto de filiación en la fecundación artificial**. ARA Editores. Lima, 2005, pp. 30.

¹² **ARTÍCULO 396 DEL CÓDIGO CIVIL.- Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada**
El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

ARTÍCULO 404 DEL CÓDIGO CIVIL.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada
Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

¹³ <scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed> (25-SET-16).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PERTINENTES:

DÉCIMO TERCERO.- Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el Ad quem sustenta su decisión en que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocar su legítimo derecho a la identidad; sino Nolberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños” (el subrayado es nuestro). Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso “ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” [CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 59].

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.

que, por encima de dicha regulación, prima la identidad biológica del menor, teniendo en cuenta el interés superior del niño, como también el estado constante de familia de la menor materia del proceso con sus padres biológicos, toda vez que éstos venían desarrollando con ella una vida familiar, lo cual no fue desvirtuado.

La Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en julio del 2010, con motivo de una consulta respecto al **Expediente N° 1388-2010-Arequipa**¹⁴, respecto a la constitucionalidad de los Artículos 402 inciso 6) y 404 del Código Civil¹⁵. La referida Sala se pronunció en el sentido que **la exigencia de requerir sentencia previa de impugnación de la paternidad e ignorar el resultado de un examen de ADN si involucra al hijo de una mujer casada, son normas contrarias a la Constitución por afectar el derecho a la identidad del niño y negar la identidad biológica**¹⁶.

¹⁴ <www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b01b4c804075533e9a0fda99ab657107/CONS+1388-2010-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b01b4c804075533e9a0fda99ab657107> (01-OCT-16)

FUNDAMENTO DÉCIMO: Por lo tanto, esta Sala considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resulta aplicables al caso sub litis, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad y de otro las normas contenidas en los artículos 402 inciso 6), segundo párrafo, y 404 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de ambas normas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución; por esta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe aplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; pues no existe razón objetiva y razonable que justifique en el presente caso la necesidad de que se obtenga una sentencia previa en un proceso de negación de paternidad matrimonial, si se tiene en consideración lo irrefutable de la verdad biológica que establece la filiación extramatrimonial a favor del demandado don Percy Elard Contreras Peralta y que el propio padre presunto de la menos, don Juan Eduardo Auccatinco Saravia, ha mostrado su conformidad con los hechos expuestos de la demanda; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada.

¹⁵ **ARTÍCULO 402 DEL CÓDIGO CIVIL.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:
(...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluara tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimara las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

¹⁶ Cfr. SIVERINO BAVIO, Paola. Óp. Cit., p. 14.

Asimismo, también nuestro Tribunal Constitucional **reconoce el derecho de toda persona a conocer, a través de la investigación, su propia filiación; y si bien es cierto este tema se ha desarrollado en mérito al Derecho de Familia, no es menos cierto que los fundamentos jurídicos esgrimidos por el Máximo Intérprete de la Constitución pueden considerarse y/o aplicarse al conocimiento de la verdad biológica de una persona.**

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad del menor prevalece incluso sobre la cosa juzgada en los procesos de filiación; tal es el caso de la **STC N° 0550-2008-PA/TC** de 17-SET-10 (Caso RENÉ QUENTA CALDERÓN), en el que se declaró infundada la demanda de amparo, por no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados, permitiendo de esta manera, que nuevamente se demande filiación extramatrimonial a pesar que existe un proceso anterior entre las mismas partes y sobre el mismo tema, teniendo como base que en el primer proceso no hubo posibilidad de recurrir a la prueba de ADN. Los fundamentos jurídicos de esta STC, que se consideran relevantes son:

- "17. ¿Existen razones jurídico constitucionales para considerar que en el caso concreto es atendible priorizar el derecho a la identidad y el interés superior del niño frente a la inmutabilidad que le asiste a la cosa juzgada? O dicho de otro modo: ¿Hay razones jurídico-constitucionales, para que en el presente caso se ampare el derecho del adolescente —que pretende conocer a su progenitor y su apellido— frente al derecho del padre a que se respete la inalterabilidad y definitividad que le asiste al fallo expedido en un proceso anterior?.***
- 18. *A juicio de este Tribunal, la respuesta es afirmativa. Ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pre-***

tende proteger. Ello significaría que una parte de la Constitución quedaría invalidada so pretexto de otra, lo que resultaría no solo paradójico sino abiertamente irrazonable e irracional. En dicho contexto, considera este Colegiado que, aun cuando la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al derecho a la identidad, por lo que en el presente caso debe ampararse la pretensión de quien exige conocer a su progenitor, así como, de ser el caso, de conservar su apellido.

De este modo el Estado —y los poderes y organismos que integran su estructura— materializan la especial protección que mandatoriamente prevé el artículo 4 de la Norma Fundamental, que impone el deber de adoptar las medidas correspondientes para garantizar el bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social de la persona, siendo inevitable la incidencia sobre el proyecto de vida, cuando no se descarta o establece a cabalidad el vínculo parental entre una persona y su presunto progenitor (...)"..¹⁷

2.1.1.3. DERECHO DEL MENOR A CONOCER A SUS PROGENITORES.

El derecho del niño a conocer a sus padres aparece expresamente reconocido en el Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸.

El derecho a conocer a los padres supone ante todo la protección del menor ante cualquier acción dirigida en contra de su dignidad, por lo que, es derecho de una persona, de cualquier persona, a su identidad biológica.

¹⁷ <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00550-2008-AA.html>> (02-OCT-16)

¹⁸ Ratificada por el Perú el 04-SET-90.

ARTÍCULO 7.

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

ca, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

Ahora bien, el Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹ establece que: **"Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"**; nuestra Carta Magna de 1993 lo prevé en su Artículo 2.1: **"Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"**.

Si leemos con detenimiento las normas mencionadas en el párrafo precedente, podemos ver que **no existe concepto alguno referido a la filiación o al nombre; por lo que, el derecho a conocer a los progenitores tiene como base el determinar jurídicamente el origen de la persona humana; es decir, conocer a nuestros progenitores.** Esto significa que, **cada individuo podrá: exteriorizar la filiación que le corresponda, sin importar si vino al mundo dentro o no de un matrimonio; figurar como hijo de quien en verdad es, ya que utilizará para ello, de ser necesario, la investigación de su filiación si es que no se encuentra conforme con la que tiene.**

2.1.1.4. DERECHO DE FILIACIÓN.

Es el conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento de las relaciones paterno materno filiales así como a su modificación o extinción; siendo que dichas relaciones son: la procreación por naturaleza; la generación por los más diversos métodos de fecundación artificial; y la filiación adoptiva²⁰.

¹⁹ Suscrita en San José, Costa Rica, el 22-NOV-69, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entrada en vigor el 18-JUL-78, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. Aprobada por Decreto Ley N° 22231 del 11-JUL-78. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979. El Instrumento de Ratificación por el Perú fue de 1978. Reiterado en 1980 y vigente para el Perú desde 1981.

Este derecho está regido por los siguientes principios:

2.1.1.4.1. Protección del especial al hijo.

Principio en la que **el hijo es el protagonista y centro de referencia, consagrando para ello una regulación legal que satisfaga el hecho que una persona tiene una filiación establecida por lazos familiares**²¹.

2.1.1.4.2. Unidad de filiación.

Principio que surge como consecuencia de la socialización de las relaciones jurídicas; en tanto que dichas relaciones no deben tener ningún ápice de discriminación ni menos de adjetivización: **los hijos son tratados por igual y respetando su dignidad**. Entendiéndose que, **la igualdad está referida a la no discriminación; y, la dignidad, en el respeto y máxima consideración hacia la persona, como ser humano**²².

2.1.1.4.3. Cosa juzgada y los procesos de filiación.

Principio en el que se determina que **en un proceso sobre filiación son indispensables las normas agrupadas en un mismo cuerpo orgánico llamado Derecho Procesal Familiar, en donde existan efectos particulares de la cosa juzgada en materia de filiación; sin embargo, debe entenderse que no existe cosa juzgada en materia de filiación, siempre y cuando en anterior proceso no se haya hecho uso de la investigación de la paternidad**²³.

²⁰ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. **Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica**. En: "La Ley". 2002-B, p. 1198. (Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Óp. Cit., p. 85).

²¹ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Óp. Cit., p. 90.

²² Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Óp. Cit., p. 90-91.

²³ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Óp. Cit., p. 92-93.

2.1.1.4.4. Paternidad socioafectiva vs. Paternidad biológica.

La palabra socioafectiva está compuesta por: socio (colectivo) y afectividad (afecto); lo que **"es sinónimo de convivencia familiar en que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen biológico. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad)"**²⁴.

La paternidad socioafectiva es una regla en tanto que la paternidad biológica es el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, sin enfrentarlas jamás²⁵.

2.1.1.4.5. Investigación de la paternidad.

Cuando el Estado asume un rol promocional respecto al derecho de investigación de la paternidad, entonces, ésta debe ser considerada como **Principio**. Con un proceso de filiación se logra promocionar la investigación de la paternidad a fin de conocer la verdad biológica del ser humano²⁶.

2.1.1.4.6. Medio de realización de la persona humana.

Principio que establece que es la filiación el **"medio de realización personal, funcionalizando su desarrollo y sirviendo para la consagración y dignificación de la persona como un ser familiar (...) Teniéndola, la persona no solo se siente identificada sino integrada en un grupo familiar en**

²⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Óp. Cit., p. 94.

²⁵ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley peruana 28457 y la acción intimatoria de paternidad**. 2º edición. Jurista Editores. Lima, 2010, 274-275.

²⁶ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Óp. Cit., p. 94-95.

*el que claramente conoce a sus ascendientes directos, padre y madre (...)*²⁷.

2.1.1.4.7. Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria.

Mizrahi sostiene *"a lo que se acaba de desarrollar, se concluye acerca de la imposibilidad de lograr en todos los casos la coincidencia entre el hecho biológico de la procreación y el vínculo jurídico atribuido por la ley. Aquel es siempre el mismo —inmutable— pues, (...) el hecho biológico no sufre modificación alguna cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo. En cambio, no sucede así con el vínculo jurídico: es por esencia variable dado que está sujeto a una estructura normativa que es diferente en el tiempo y en el espacio; de lo que se deduce que su nota es la mutabilidad"*²⁸.

2.1.1.5. DERECHO AL NOMBRE.

El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, en su página web²⁹, consigna que *"El nombre es el signo que distinguirá de por vida a cada una de las personas, permitiendo su identificación e individualización. En tal sentido, todas las personas tienen derecho a tener un nombre, lo cual se hace efectivo a través de la inscripción del nacimiento en la Oficina de Registro de Estado Civil, este hecho es un requisito indispensable para que el Estado reconozca a la persona como ciudadano peruano; a partir de la inscripción de nacimiento la persona adquiere existencia y legal y por tanto la posibilidad de ser protegido por el Estado y de ejercer sus otros derechos"*.

²⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Óp. Cit., p. 95.

²⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis. Óp. Cit., p. 1198. (Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Óp. Cit., pp. 95-96).

²⁹ <http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/nombre.htm> (02-OCT-16)

Según el Diccionario de la Lengua Española, nombre es la **"palabra que se apropia o se da a los objetos y a sus calidades para hacerlos conocer y distinguirlos de los otros" o "el que se da a persona o cosa determinada para distinguirla de los demás de su especie o clase"; "palabra que sirve para designar las personas o las cosas o sus cualidades o el que se da a persona, animal o cosa para distinguirla de los demás".**

Según FERNÁNDEZ SESSAREGO, el nombre es la **"expresión visible y social" mediante el cual se identifica e individualiza a la persona en sociedad, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos de las personas".**³⁰

El nombre tiene dos elementos que son el prenombre y los apellidos. El primero es un elemento individual, algo que nos caracteriza, con el que no existe vinculación alguna y por supuesto, es escogido por el o los progenitores; el segundo, designa comúnmente nuestro linaje, estirpe, familia; y, permite distinguir la filiación y el parentesco de las personas.

Al hijo matrimonial, que es el nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre, conforme lo prescribe el Artículo 20 del Código Civil³¹; y, al hijo extramatrimonial, que es el concebido y nacido fuera del matrimonio le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido, si es reconocido por ambos, lleva el primer apellido de los dos, conforme al Artículo 21 del Código Civil³².

³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho de las Personas**. 5° edición, Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima. 1992. p. 80.

³¹ **ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO CIVIL.- Apellidos del hijo**
Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre."

³² **ARTÍCULO 21 DEL CÓDIGO CIVIL.- Inscripción del nacimiento**
Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este

Es importante precisar las características del nombre:

- **ES OBLIGATORIO.**

Esta característica presenta dos aspectos: el tener un nombre y el hacer uso de dicho nombre; el primero representa las características obligatorias del nombre y el segundo, los efectos que se derivan de la regulación de su ejercicio³³.

- **ES INMUTABLE.**

Asegura que éste durará toda la vida del individuo; pero, en la actualidad sabemos que el nombre es susceptible de modificación sólo en los casos en que la ley lo autoriza.

- **ES INDISPONIBLE.**

Porque el nombre no es un bien del que se puede disponer, ya que éste es un atributo de la personalidad que carece de valor pecuniario, por lo que no puede ser negociado, transmitido o donado.

- **ES IMPRESCRIPTIBLE.**

VÁSQUEZ RÍOS señala que: ***"Hay pues, un interés social en que los nombres no se pierdan por el transcurso del tiempo, a fin de que la función individualizadora no sufra perturbaciones o no se frustre totalmente"***³⁴.

- **UNIDAD E INDIVISIBILIDAD.**

supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.

³³ Cfr. VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. **Derecho de las Personas**. Editorial San Marcos. Lima, 1997, p. 175.

³⁴ VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. *Ibidem*, p. 176.

Lo que significa que cada persona sólo puede tener un nombre y que ese único nombre debe ser utilizado como tal *erga omnes*; es decir, con cualquiera, en cualquier espacio o lugar.

2.1.1.6. PRINCIPIOS UNIVERSALES DE ORIENTACIÓN PROTECCIONISTA.

Para el tema en investigación es importante basarse en que los derechos fundamentales de orientación proteccionista del menor son: el principio de protección especial del niño y el principio del interés superior del niño.

2.1.1.6.1. Principio de protección especial del niño.

El principio de protección especial del niño tiene como base el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y fue enunciado primigeniamente en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño³⁵ que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos³⁶. Asimismo, fue reconocido este derecho en la Declaración de los Derechos del Niño³⁷, cuyo

³⁵ En el año 1923, la ciudadana inglesa Eglantyne Jebb, planteó la necesidad de hacer un Código Mundial para la infancia que otorgue derechos a los niños, los cuales deberían ser reconocidos por todos los países del mundo.

La Sociedad de la Naciones recogió la propuesta y el 26 de febrero de 1924, la Asamblea General de la Liga de las Naciones aprobó "La Declaración de los Derechos del Niño" constituyéndose ésta en una carta de bienestar para los niños de todo el mundo.

La "Declaración de los Derechos del Niño", denominada también Declaración de Ginebra, enuncia que los hombres y las mujeres de todas las naciones deben dar a la infancia un trato preferente y afirmar sus derechos, y que todos los niños deben estar protegidos sin consideración de raza, nacionalidad o creencia.

El niño debe tener un desarrollo normal, tanto en el aspecto material como en el espiritual; el niño que sufre hambre debe comer, el niño que está enfermo debe ser atendido, el niño que tenga alguna deficiencia debe recibir ayuda, el niño inadaptado debe ser reeducado y el niño abandonado debe ser protegido.

Desde 1924 hasta el 20-NOV-89, fecha en que la Asamblea General de las Naciones Unidas firma la Convención sobre los Derechos del Niño, posteriormente adoptada por el Estado Peruano en agosto de 1990 mediante Resolución Legislativa N° 25278, el documento en mención transforma la concepción del niño, de objeto de derecho a sujeto de derechos y a recibir una protección especial.

³⁶ Vid. "**Sistematización de la Legislación aplicada respecto a la Investigación Tutelar Administrativa**". En: <www.inabif.gob.pe/portalweb/portal/portalwebbugit/archivos/670.docx> (02-OCT-16)

³⁷ Adoptada por la Asamblea General el 20-NOV-59.

Principio 2 señala que el **“niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”**.

El Artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁸ también reconoce este principio: **“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”**. El Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los **“Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”**.

El respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Esto quiere decir que se debe brindar cuidado y protección al menor, así como reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual de éste, por ser titular de derechos y obligaciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que **“la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”**³⁹.

El Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que **“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por**

³⁸ Suscrita y proclamada en París el 10-DIC-48 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A. Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 del 15-DIC-59.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-17/2002** de 28-AGO-02. **Condición jurídica y derechos humanos del niño**, N° 8, p. 86. En: <www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> (04-OCT-16)

su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Asimismo, el Principio de Protección Especial del Niño es reconocido por los Artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos⁴⁰ y por el Artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴¹.

2.1.1.6.2. Principio del interés superior del niño y del adolescente.

Este principio fue, en principio, reconocido por la Declaración de los Derechos del Niño, en cuyo acápite 2 estableció: "**[E]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño**". El Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño,

⁴⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200A (XXI) de 16-DIC-66. Aprobado por Decreto Ley N° 22128. Instrumento de Adhesión, 12-ABR-78, depositado el 28-ABR-78. El instrumento de adhesión fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú.

ARTICULO 23.4

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

ARTICULO 24.1

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

⁴¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16-DIC-66. Aprobado por Decreto Ley N° 22129. Instrumento de Adhesión, 12-ABR-78, depositado el 28-ABR-78. El instrumento de adhesión fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú.

ARTICULO 10.3

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

dispone: "**[E]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños**".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 (párrafos. 56-61) de fecha 28-AGO-02, ha señalado que éste Principio se "**funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño**".⁴²

⁴² VII. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.
57. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece:
El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.
58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:
 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.
60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.
61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.

Ibidem, pp. 61-62. En: <www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> (04-OCT-16)

El Tribunal Constitucional, en la STC N° 1817-2009-PHC/TC⁴³ de 07-OCT-09, estableció en sus FJ N°s. 5 y 6 que: ***"[E]l Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento (...) [S]obre esta base normativa supranacional, el artículo 4º de la Constitución reconoce que la "comunidad y el Estado protegen especialmente al niño". Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral"***.

Entre las funciones normativas del interés superior del niño y del adolescente⁴⁴ tenemos:

2.1.1.6.2.1. El interés superior del niño y del adolescente como principio garantista.

Se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista debido a que **es una obligación de la autoridad pública tutelar, asegurando el cumplimiento de los derechos subjetivos individuales**; por lo que los **principios jurídicos garantistas deben imponerse a las autorida-**

⁴³ <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.html> (04-OCT-16)

⁴⁴ Cfr. AMEGHINO BAUTISTA, Carmen Zoraida. **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Funciones normativas del interés superior del niño**. En: <[www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautista CarmenZoraida.pdf](http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautista%20CarmenZoraida.pdf)> (04-OCT-16)

des; es decir, son de obligatorio cumplimiento; implica un deber del Estado frente a los niños a fin de efectivizar sus derechos subjetivos.

2.1.1.6.2.2. El deber de satisfacer todos los derechos.

Ese es el norte de este principio: **satisfacer todos y cada uno de los derechos del niño y del adolescente, empoderando su contenido sobre la base de todos los derechos enumerados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.**

2.1.1.7. DEBIDO PROCESO.

DE BERNARDIS LLOSA⁴⁵ dice que el debido proceso debe ser entendido ***“como garantía y derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción, que puedan, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial”***.

El debido proceso es un derecho cuyo ámbito de irradiación no comprende sólo el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, a todo órgano público o privado que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales, precisó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **Expediente N° 7289-2005-PA/TC**⁴⁶ de 03-MAY-06. En ella, **califica al debido proceso de un derecho**

⁴⁵ DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo; **La Garantía Procesal del Debido Proceso**, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal Civil, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1995, p. 138.

⁴⁶ <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.html>> (07-OCT-16)

4. Está consolidada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, en el sentido de sostener que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

Así, por ejemplo, hemos subrayado que su respeto y protección, además del ámbito estrictamente judicial, debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y

continente, que comprende diversos derechos fundamentales de orden procesal. Añade que su contenido constitucionalmente protegido comprende diversas garantías, formales y materiales, que en conjunto avalan que el proceso se realice y concluya con el respeto de todas las garantías constitucionales.

El debido proceso puede descomponerse en debido proceso formal o adjetivo, el cual alude al trámite y procedimiento utilizado para dictar una sentencia; y el debido proceso sustantivo o material, el cual cuestiona directamente el fondo de la decisión, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir.

“[...] El derecho a un debido proceso supone desde su dimensión formal la observancia rigurosa por todos los que intervienen en un proceso, de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento de tutela de derechos subjetivos, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio. Desde su dimensión sustantiva se le concibe cuando la decisión judicial observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad”⁴⁷.

En su **dimensión formal** comprende las garantías procesales que deben ser aplicadas para que los derechos fundamentales de una persona sean eficaces; y, en su **dimensión sustantiva**, protege a las partes del proceso frente

tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), tribunales arbitrales, etc.

5. Hemos señalado, igualmente, que dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo, "continente". En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.

⁴⁷ CAS. Nº 178-2009 (Huancavelica), Sala Civil Transitoria, considerando segundo, de 17-ENE-11. En: LANDA ARROYO, César. **El derecho al debido proceso en la jurisprudencia**. Colección Cuadernos de análisis de la jurisprudencia. Academia de la Magistratura. Volumen 1. Lima. 2012. p. 17. <sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/derecho_debido_proce_jurisp_vol1.pdf> (07-OCT-16)

a leyes y actos arbitrarios de cualquier autoridad, funcionario o persona particular.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver los conflictos a su cargo, menciona lo siguiente:

“El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales establece los lineamientos del llamado ‘debido proceso legal’, que consiste inter alia⁴⁸ en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra’⁴⁹.

Y es que el Artículo 8 de la Convención consagra los **lineamientos del llamado debido proceso legal o derecho de defensa procesal, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley⁵⁰.**

El Tribunal Constitucional ha establecido, respecto al debido proceso, lo siguiente:

⁴⁸ Entre otras cosas.

⁴⁹ Caso Yvon Neptune vs. Haití. Sentencia del 06-MAY-08, párrafo 79. En: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf> (08-OCT-16)

⁵⁰ Caso Genie Lacayo versus Nicaragua. Sentencia del 29-ENE-97, párrafo 74. En: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf> (08-OCT-16)

74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.

"[...] no se han observado escrupulosamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad en cuanto componentes del derecho innominado al debido proceso sustantivo [...]" (Expediente N° 895-2000-AA⁵¹).

"[...] el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, en cuyo seno se alberga los actos administrativos, a fin de que las personas estén en la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado o de los particulares que pueda afectarlos [...]la cláusula fundamental contenida en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, no es "patrimonio" exclusivo de los procesos jurisdiccionales, sino que el respeto del contenido del debido proceso se hace extensivo a los procesos administrativos públicos (como es el caso de autos) o privados [...] "el fundamento principal por el que se habla de debido proceso administrativo encuentra su sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculadas a la Constitución Política del Estado, de modo que si ésta resuelve asuntos de interés para los administrados, y lo hace a través de procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional" (STC 8495-2006-PA/TC) "[...]" (Expediente N° 01412-2007-PA⁵²).

En estas resoluciones se observa que **al afectarse el debido proceso sustantivo definitivamente se vulnera otro derecho fundamental**; lo cual no debe ser soslayado por juez alguno.

⁵¹ Vid. FJ N° 03. En: <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00895-2000-AA.html> (08-OCT-16)

⁵² Vid. FJ N°s. 08 y 09. En: <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01412-2007-AA.html> (08-OCT-16)

2.1.1.8. TUTELA PROCESAL EFECTIVA.

DE BERNARDIS LLOSA⁵³ respecto a la tutela procesal efectiva dice: ***“Las personas recurren al órgano jurisdiccional del Estado porque sienten que se presenta una situación de injusticia causada por la indefinición que, con mayor o menor grado, perciben respecto de aquellos derechos o intereses de los cuales consideran ser titulares o ante los que mantienen alguna pretensión. Cuando las personas acuden ante el órgano jurisdiccional esperan que éste resuelva la controversia aplicando determinadas reglas. Puede ser (como en la mayoría de los casos) que los justiciables las ignoren por completo. Sin embargo, esperan un resultado: que se tramite su pretensión y se alcance una solución justa y definitiva de lo que es materia del proceso”.***

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquél por el cual **toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización.**

El derecho a la tutela jurisdiccional ***“es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”***⁵⁴.

El Código Procesal Civil establece en el Artículo I del Título Preliminar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: ***“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o***

⁵³ DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo; Óp. Cit., p. 367.

⁵⁴ GONZALES PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**. 2° edición, Editorial Civitas. España, 1985, p. 27 [Citado por MARTEL CHANG, Rolando Alfonso. **Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil**. <sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/martel_c_r/titulo2.pdf> (08-OCT-16)]

intereses, con sujeción a un debido proceso". Por lo tanto, quien debe promover la efectividad de la mencionada tutela es el Estado, tanto en el ámbito procesal como material a fin de resolver la pretensión planteada.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende:

- **Acceso a la justicia**: La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, ya sea como demandante o demandado, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo.
- **El derecho a un proceso con todas las garantías mínimas**: Que sería, precisamente, el derecho al debido proceso.
- **Sentencia de fondo**: Los jueces deben dictar, por regla general, una sentencia sobre el fondo del asunto materia del petitorio para solucionar el conflicto intersubjetivo de intereses o eliminar la incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; y, de no ser posible, dictarán una resolución fundada en derecho.
- **Doble instancia**: Es la posibilidad que tienen las partes de impugnar la sentencia que consideren contraria a derecho, con el propósito de que sea exhaustivamente revisada por el superior jerárquico y, de ser el caso, se expida una nueva sentencia adecuada.
- **Ejecución**: Es el derecho a solicitar y obtener el cumplimiento material efectivo de la sentencia definitiva, pues resulta insuficiente la declaración de que la pretensión es fundada o infundada (aún cuando se sustente en sólidos fundamentos doctrinarios).

La Constitución Política consagra la "tutela jurisdiccional" en el Artículo 139 Inciso 3), al establecer: **"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada**

por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

El autor Jesús Gonzáles Pérez menciona que *"El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del estado de Derecho. La organización del poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de Derechos Humanos y Pactos Internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios del Derecho Natural, al lado de los principios políticos y tradicionales"*⁵⁵.

En consecuencia, el soporte de la tutela jurisdiccional está en el Derecho Natural, cuyas normas tienen validez moral y jurídica, al margen de su recepción en norma alguna; es por lo que, es inherente a la persona humana que, es titular de derechos que le son innatos, anteriores al propio Estado y que por tanto son inalienables.

2.1.1.9. DERECHO A LA DEFENSA.

El derecho a la defensa es **el derecho fundamental de una persona, física o jurídica, o de algún colectivo a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se imputan con plenas garantías de igualdad e independencia.** Se trata de un derecho que **se da en todos los órdenes jurís-**

⁵⁵ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Editorial Civitas. Madrid. 1984. p. 22.

diccionales, y se aplica en cualquiera de las fases de los procedimientos establecidos en un ordenamiento jurídico. Asimismo, se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión.

El derecho de defensa consiste en la obligación de ser oído, asistido por un abogado de la elección del acusado o demandado, o en su defecto a contar con uno de oficio. **Este derecho comprende la oportunidad de alegar y probar procesalmente los derechos o intereses, sin que pueda permitirse la resolución judicial inaudita parte, salvo que se trate de una incomparecencia voluntaria, expresa o tácita, o por una negligencia que es imputable a la parte.** La intervención del abogado no constituye una simple formalidad. Su ausencia en juicio implica una infracción grave que conlleva a la nulidad e ineficacia de los actos procesales actuados sin su presencia⁵⁶.

El derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionador. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuirse la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también **a lo largo de todas etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se pueden promover**⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. MESIA, Carlos. *Exegesis del Código Procesal Constitucional*. 1ª edición, Gaceta Jurídica. Lima. 2004. p. 105.

⁵⁷ STC 0090-2004-AA/TC, de fecha 5-JUL-2004. FJ N° 27: *“Como se ha sostenido en diversas causas, el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no sólo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover”*. <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html> (17-OCT-16)

El Tribunal Constitucional ha señalado, en la Sentencia STC N° 06648-2006-HC/TC, fundamento 4⁵⁸, que la **Constitución en su artículo 139 inciso 14 reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal laboral, etc.) no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.**

La garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales, se puede formular de modo general, que todo derecho constitucional o fundamental cuenta con un contenido jurídico constitucional, el cual es jurídicamente determinable y exigible al poder político y a los particulares⁵⁹.

2.2. VARIABLES.

- A.** El Derecho de Identidad de un menor.
- B.** El Derecho a la Defensa.

2.3. SUPUESTOS.

- A.** El Derecho a la Identidad de un menor prima ante cualquier alegación del derecho a la defensa.
- B.** No obstante esta primacía, es indispensable asegurar un debido proceso, garantizando a cualquiera de las partes, el derecho a la defensa.

⁵⁸ <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06648-2006-HC.html> (17-OCT-16)

⁵⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. **Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general.** 3ª edición, Palestra Editores. Lima, 2007. pp. 220 y 221.

CAPÍTULO III

3.1. METODOLOGÍA.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación **DESCRIPTIVA**, la que tiene como preocupación primordial el **describir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos, utilizando criterios sistemáticos que permitan poner de manifiesto su estructura o comportamiento; y de esta forma se pueden obtener las notas que caracterizan a la realidad estudiada.**

El Diseño de investigación descriptiva **es un método científico que implica observar y describir el comportamiento de un sujeto sin influir sobre él de ninguna manera.** Algunos sujetos no pueden ser observados de ninguna otra forma; por ejemplo, un estudio de caso social de un sujeto individual representa un diseño de investigación descriptiva y esto permite la observación sin afectar el comportamiento normal.

También es útil cuando no es posible comprobar y medir el gran número de muestras que son necesarias para investigaciones de tipo cuantitativa. Este tipo de experimentos es generalmente usado por los antropólogos, psicólogos y científicos sociales para observar comportamientos naturales sin que estos sean afectados de ninguna forma. También es empleado por los investigadores de mercadeo para evaluar los hábitos de los clientes, o por las empresas que desean juzgar la moral del personal.

Sin embargo, los resultados de una investigación descriptiva no pueden ser utilizados como una respuesta definitiva o para refutar una hipótesis pero, si las limitaciones son comprendidas, pueden constituir una herramienta útil en muchas áreas de la investigación científica.

En este método de investigación **el sujeto es observado en un entorno completamente natural e invariable**. Un buen ejemplo de esto sería un antropólogo que quiera estudiar una tribu sin afectar su conducta normal en lo absoluto. Los verdaderos experimentos, aunque proporcionan datos analizables, a menudo influyen negativamente en el comportamiento normal del sujeto.

La investigación descriptiva es frecuentemente usada como un antecedente a los diseños de investigación cuantitativa, representa el panorama general destinado a dar algunos valiosos consejos acerca de cuáles son las variables que valen la pena probar cuantitativamente. Los experimentos cuantitativos suelen ser costosos y requieren mucho tiempo, así que es resulta razonable primero tener una idea de qué hipótesis son dignas de análisis.

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio es la sentencia recaída en la STC N° 04509-2011-PA/TC SAN MARTÍN (Caso ESTALIN MELLO PINEDO) de 11 de julio del 2012.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

3.3.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL. Con esta técnica se obtendrá la información sobre el Expediente N° 04509-2011-0 del Distrito Judicial de Tarpoto.

3.3.2. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS. Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

- 3.3.2.1.** Se solicitó el expediente del Tribunal Constitucional al Cate- drático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
- 3.3.2.2.** Luego se realizó el análisis del Expediente N° 04509-2011-0, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco constitucional general al específico (derecho a la identidad).
- 3.3.2.3.** Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
- 3.3.2.4.** La recolección estuvo a cargo de la autora del método de ca- so.
- 3.3.2.5.** El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la Constitución Política vigente; normas adoptadas por el Perú respecto a derechos humanos, específicamente al dere- cho a la identidad; Sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional y el Expediente 04509-2011-0.
- 3.3.2.6.** Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.4. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tra- tarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto al Expediente N° 04509-2011-0 (CASO: ESTALIN MELLO PINEDO).

3.5. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución de la Tesina, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Con respecto al análisis del Expediente objeto de investigación, de acuerdo al recurso de agravio constitucional interpuesto por Don ESTALIN MELLO PINEDO contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró improcedente la demanda de autos.

1. Para nuestro Tribunal Constitucional es imperativo y/o necesario que el derecho a la defensa de los justiciables no se vea afectado en ninguna etapa del proceso, en ninguna.
2. Máxime si se ha tomado en consideración que el ciudadano ESTALIN MELLO PINEDO no se encontraba en la Ciudad de Tarapoto sino fuera del territorio de la República, al momento de ser notificado con la demanda de filiación extramatrimonial, así como sus anexos y la resolución admisorio del Expediente N° 524-2008 del Distrito Judicial de Tarapoto.
3. Posteriormente a ello, el Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto convierte den declaración judicial de paternidad extramatrimonial el auto admisorio que contiene el mandato judicial correspondiente.
4. A pesar que la menor P.N.M.L contaba ya con el apellido paterno del ciudadano ESTALIN MELLO PINEDO, en mérito al trámite contenido en la Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, no debe soslayarse el derecho a la defensa de MELLO PINEDO ni menos desproteger los derechos constitucionales de la menor P.N.M.L.

5. Y es así, que el Tribunal Constitucional determinó que la mejor manera de proteger estos derechos fundamentales de la menor P.N.M.L. era suspender los efectos nulificantes que pudieran recaer sobre el reconocimiento de paternidad ordenado en el proceso N° 524-2008 del Distrito Judicial de Tarapoto (Resolución N° 2, del 3 de octubre del 2008), hasta la culminación del nuevo trámite de dicho proceso; es decir, el emplazamiento con la demanda, sus anexos y resolución admisorio.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

- 1.** El petitorio de la demanda es el siguiente: ESTALIN MELLO PINEDO interpone acción constitucional de amparo en contra el Primer Juzgado de Paz Letrado del Distrito de Tarapoto, a fin de que se declare nulo todo lo actuado hasta la notificación del mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el proceso sobre filiación extramatrimonial iniciado en su contra por Doña GIANINNA LOZANO PÉREZ, en representación de la menor P.N.M.L. (Exp. N° 524-2008).

- 2.** Entre otros, los fundamentos fácticos de la acción están referidos a que:
 - a.** Ha sido declarado padre biológico de la menor P.N.M.L. en mérito a la Resolución N° 2 de fecha 3 de octubre de 2008, que contiene el mandato de declaración judicial de paternidad, ordenándose la inscripción de la misma como si fuera su hija y todo ello por no haber formulado oposición alguna.

 - b.** Si no se opuso en su momento a la citada declaración no fue por dejadez alguna de su parte, sino porque nunca tuvo conocimiento del proceso de filiación iniciado en su contra, ya que no fue notificado con la demanda ni con las resoluciones recaídas en el trámite del proceso, siendo que tuvo conocimiento de dicho proceso recién a su retorno al país por intermedio de sus padres.

 - c.** Durante toda la secuela del proceso ha estado ausente del país, esto es desde el año 1999 hasta el año 2009, por lo que en ese sentido no ha sido válidamente notificado no obstante que la representante legal de la menor sabía de su residencia en el exterior, por lo que debió ser notificado vía edictos.

6. Por último, pero no por ello menos importante, debe ser el hecho de considerar que no existe cosa juzgada en materia de filiación, siempre y cuando en anterior proceso no se haya hecho uso de la investigación de la paternidad; por lo que no se ha afectado ningún derecho constitucional al expedirse la STC materia de investigación.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

1. El derecho a la identidad es uno inherente a la persona humana, y por ende reconocido tanto constitucionalmente como en normas supranacionales que son de obligatorio cumplimiento por parte del Estado Peruano por cuanto han sido adoptados oportunamente.
2. El derecho a la identidad, así como la verdad biológica es indispensable para construirnos debe pequeños nuestra propia identidad, a saber nuestros orígenes, quiénes somos, de dónde procedemos; y es así que con la Ley N° 28457 la incógnita del emplazado será dilucidada y el dicho de la madre será reafirmada.
3. La protección del menor y los derechos del niño no son dejados de lado por el Tribunal Constitucional, el máximo intérprete de la norma y la Constitución, lo cual conlleva a dejar precedentes a fin que en posteriores conflictos, sean otras las partes, cualquiera de los litigantes sienta que existe la convicción de asegurar no solo la identidad de un menor sino también el debido proceso.
4. De manera magistral nuestro Tribunal Constitucional protegió a la menor P.N.M.L. suspendiendo cualquier efecto nulificante respecto de la declaración de paternidad de ESTALIN MELLO PINEDO, permitiendo que se vuelva a emplazar a MELLO PINEDO y así éste haga uso de su derecho irrestricto a la defensa.
5. Pero es que de ninguna manera debe soslayarse el hecho que en casos de filiación extramatrimonial no existe cosa juzgada alguna, debiendo ser exigible, previo a una declaración de esta naturaleza, conocer el resultado de la prueba de AND.

6. Sin embargo, este hecho no podría darse o en todo caso no se vulneraría ningún derecho jurisdiccional si es que con certeza se advierte que el emplazado ha sido debidamente notificado con el mandato (Resolución admisoría), la demanda y sus anexos.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

- En principio, antes de interponer una acción, cualquiera sea naturaleza, tener conocimiento expreso que la parte demandada radica en la Ciudad.
- Asesorarse debidamente a fin que no se vulneren ningún derecho constitucional, máxime si se trata del derecho a la identidad.
- Ilustrar a los Magistrados de los órganos jurisdiccionales respecto al caso MELLO PINEDO si es que hubiera un nuevo caso con los mismos matices: el emplazado no se encuentra en la Ciudad a fin de ser válidamente notificado.
- Tener presente que en materia de filiación extramatrimonial no existe cosa juzgado por cuanto siempre va a primar la verdad biológica y la investigación de la paternidad a fin de favorecer con un derecho a un menor.

CAPÍTULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. **Bioética, Filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho.** Editorial Astrea de A. y R. Depalma, Argentina, 1990.
- SIVERINO BAVIO, Paula. "**Derecho a la identidad y verdad biológica: Una sintética visión desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA N° 179, Gaceta Jurídica. AGO-2013, Lima.
- MORÁN DE VICENZI, Claudia. **El concepto de filiación en la fecundación artificial.** ARA Editores. Lima, 2005.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Tratado de Derecho de Familia, Derecho de la filiación,** Tomo IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2013
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley peruana 28457 y la acción intimatoria de paternidad.** 2° edición. Jurista Editores. Lima, 2010.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho de las Personas.** 5° edición, Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima. 1992.
- VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. **Derecho de las Personas.** Editorial San Marcos. Lima, 1997.

- DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo; **La Garantía Procesal del Debido Proceso**, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal Civil, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1995.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. Editorial Civitas. Madrid. 1984.
- MESIA, Carlos. **Exegesis del Código Procesal Constitucional**. 1ª edición, Gaceta Jurídica. Lima. 2004.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. **Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general**. 3ª edición, Palestra Editores. Lima, 2007.
- Código civil.
- <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>
- <[ww.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)>
- <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf>
- <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>
- <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>>
- <centrodebioetica.org/2012/09/el-desigual-tratamiento-del-derecho-a-la-identidad-en-el-proyecto-de-codigo-civil/>
- <<http://www.oas.org/es/sla/cji/default.asp>>

- <<http://www.oas.org/es/sla/cji/miembros.asp>>
- <[www.villaverde.com.ar/archivos/File/docencia/061120-caq-cijuso-filiacion/ jurisprudencia/fallo-cordobes-verdad-biologica.doc](http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/docencia/061120-caq-cijuso-filiacion/jurisprudencia/fallo-cordobes-verdad-biologica.doc)>
- <scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed>
- <www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b01b4c804075533e9a0fda99ab657107/CONS+1388-2010-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b01b4c804075533e9a0fda99ab657107>
- <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00550-2008-AA.html>>
- <http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/nombre.htm>
- <www.inabif.gob.pe/portalweb/portal/portalwebugit/archivos/670.doc
x>
- <[www.corteidh.or.cr/ docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)>
- <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.html>
- AMEGHINO BAUTISTA, Carmen Zoraida. **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Funciones normativas del interés superior del niño.**
En: <www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautista CarmenZoraida.pdf>

- <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.html>>
- LANDA ARROYO, César. **El derecho al debido proceso en la jurisprudencia**. Colección Cuadernos de análisis de la jurisprudencia. Academia de la Magistratura. Volumen 1. Lima. 2012. En: <sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/derecho_debido_proce_jurisp_vol1.pdf>
- <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf>
- <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf>
- <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00895-2000-AA.html>
- <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01412-2007-AA.html>
- MARTEL CHANG, Rolando Alfonzo. ***Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil.*** <sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/marel_c_r/titulo2.pdf>
- <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
- <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06648-2006-HC.html>

CAPÍTULO IX

ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MÉTODO DE CASO: “PRIMACÍA DE LA IDENTIDAD DEL MENOR

EXPEDIENTE N° 04509-2011-AA/TC SAN MARTÍN

CASO: ESTALIN MELLO PINEDO”

AUTOR: PÉREZ PORTOCARRERO, Milagros Isabel

| PROBLEMA | OBJETIVOS | SUPUESTOS | VARIABLE | INDICADORES | METODOLOGÍA |
|---|--|--|---|---|--|
| ¿Colisiona el derecho a la identidad con el derecho a un debido proceso-derecho a la defensa? | <p>GENERALES:</p> <p>a. Conocer los conceptos de identidad en el quehacer diario de la investigación.</p> <p>b. Reconocer el derecho de identidad del menor en cualquier etapa de un proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial.</p> <p>ESPECÍFICOS: Crear convicción que a pesar de la existencia de una declaración judicial de filiación extramatrimonial, no puede soslayarse que el derecho a la identidad debe primar para poder proteger adecuadamente a un menor.</p> | <p>A. El Derecho a la Identidad de un menor prima ante cualquier alegación del derecho a la defensa.</p> <p>B. No obstante esta primacía, es indispensable asegurar un debido proceso, garantizando a cualquiera de las partes, el derecho a la defensa.</p> | <p>A. El Derecho de Identidad de un menor.</p> <p>B. El Derecho a la Defensa.</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Derecho - Identidad - Filiación - Principios a favor del menor - Debido proceso - Derecho a la defensa | <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo</p> <p>DISEÑO: No experimental</p> <p>MUESTRA: Expediente.</p> <p>TÉCNICAS: Análisis Documental</p> <p>INSTRUMENTOS: Expediente</p> |